

## **MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO DEL PROCESO PENAL: ALGUNAS CUESTIONES PUNTUALES.**

**AUGUSTO SANTALÓ RÍOS**  
*Fiscal*

SUMARIO: 1.- Planteamiento general. 2.- Posibilidad en el procedimiento penal de adoptar medidas cautelares del art.42 L.H. 3.- El principio del tracto sucesivo. 4.- Las prohibiciones de disponer. 5.- Suspensión de procedimientos civiles afectados por prejudicialidad penal.

### **1.- PLANTEAMIENTO GENERAL.**

En el procedimiento penal es preciso, en defensa del perjudicado, adoptar medidas cautelares, que, en determinado tipo de hechos delictivos (alzamiento de bienes o estafa del artículo 251 del Código penal, entre otros) pueden o deben ser distintas de las previstas de forma clásica en la ley de Enjuiciamiento Criminal: fianza y embargo.

Así, cuando se trata de reponer el patrimonio a su estado primitivo (alzamiento de bienes) o simplemente de comunicar a un tercero que un contrato dispositivo de un bien puede ser anulado (el constitutivo del alzamiento, de la estafa, del contrato simulado) determinadas medidas previstas en la legislación hipotecaria son más efectivas e incluso menos perjudiciales para quien debe soportarlas que las reguladas en la ley de Enjuiciamiento Criminal.

Normalmente, para evitar que la víctima resulte definitiva e irremediadamente perjudicada por el juego del art. 34 la Ley Hipotecaria (tratándose lógicamente de inmuebles inscritos), bastará con que el Juez de Instrucción ordene la anotación preventiva de la querrela o, en su defecto, acuerde la prohibición de disponer de la finca objeto del procedimiento, medidas a través de las que se comunica a terceros que sobre la finca pende un procedimiento que puede afectar a la titularidad (anotación preventiva de la querrela), o sencillamente se cierra el Registro (prohibición de disponer) a sucesivas transmisiones, evitan-

do la necesidad de proceder a requerir de fianza y subsiguiente embargo de bienes del imputado, innecesarios, pues el objetivo de la medida cautelar en estos supuestos es meramente el evitar que la finca pueda llegar a un tercero de buena fe.

Si las medidas previstas en la legislación hipotecaria son, en estos casos, más útiles que las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en ocasiones, lo que es más importante, son las únicas que de forma efectiva pueden proteger a la víctima del delito. Cada vez es más frecuente que la ocultación de bienes en perjuicio de la víctima, se efectúe a través de instrumentos jurídicos distintos de la transmisión simple a un tercero (típicas capitulaciones matrimoniales, venta simulada ) como son la creación de falsas obligaciones a las que se sujeta la finca (deuda garantizada con hipoteca...), en las que adoptar medidas cautelares como el embargo son ineficaces, puesto que la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad va a ser posterior a la inscripción de la hipoteca; ello implica que la ejecución de la hipoteca o la transmisión del crédito hipotecario a quien aparezca como tercero de buena fe hará inútil por aplicación de las reglas registrales (prior tempore, potior iure) el embargo trabado. Sin embargo, con la simple anotación preventiva de la querrela se evita que se agote la defraudación, pues el tercero estará “avisado” de que sobre el bien pende un procedimiento que finalmente puede afectarle.

No obstante las ventajas que la adopción de medidas cautelares como las analizadas suponen para el perjudicado por el delito e incluso imputado, quien preferirá una anotación preventiva sobre un determinado bien que prestar una fianza o una traba generalizada sobre los bienes, lo cierto es que por parte de los Jueces de Instrucción y también de los Registradores de la Propiedad existen serias reticencias a su adopción o anotación cuando ante un procedimiento penal nos hallamos. Estas reticencias o, en casos, clara animosidad, hace que, en ocasiones, los perjudicados acudan a la vía civil, cuando en realidad la demanda describe un hecho delictivo; jurisdicción que tampoco puede ofrecer una solución satisfactoria, al ser preciso investigar previamente una trama para la que el proceso civil no está concebido. En consecuencia, el artificio de un fraude medianamente bien concebido puede salir bien parado, porque si el perjudicado acude a la vía civil no dispone de medios para desentrañar la trama, y si acude a la vía penal, al no adoptar las medidas cautelares eficaces, agota el fraude, sin perjuicio esto de que finalmente se le imponga algún tipo de pena, que poco consuelo reporta a la víctima, sobre todo si el fraude terminó de cuajar ya abierto el procedimiento.

A pesar de las reticencias anteriormente indicadas, medidas cautelares como la anotación preventiva de querrela o prohibición de disponer son necesarias y posibles dentro del procedimiento penal; ello nos lleva a analizar cuáles son los principales obstáculos en la adopción de dichas medidas y la forma de solventarlos.

En primer lugar, se dice que el art. 42 de la L.H. no está pensando en el procedimiento penal, pues el número uno se refiere al que demandare y el número cuatro a la demanda en juicio ordinario, instituciones procesales ajenas al derecho penal.

En segundo lugar, y aún admitiendo que sea posible adoptar en vía penal las medidas indicadas, esto va a ser imposible cuando nos hallemos ante personas jurídicas, puesto que al dirigirse necesariamente el procedimiento penal contra personas físicas, faltará el requisito de tracto sucesivo ( arts. 20, 38 L.H. 140.1 R.H.) que impide, como obstáculo insalvable, la anotación acordada. No es preciso recordar que la mayoría de los fraudes que afectan a inmuebles, son realizados mediante la intervención de personas jurídicas.

## **2.- POSIBILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES DEL ART.42 L.H.**

Aunque el art.42 de la L.H. utiliza términos propios del derecho procesal civil como “el que demandare en juicio” o “el que demandando en juicio ordinario”, lo que puede llevar a la creencia de que las medidas previstas en el mismo están pensadas para el procedimiento civil, ello no es exacto, pues la doctrina de la D.G.R.N. al respecto, manifestada en las Resoluciones de 1 de abril de 1.991, 9 de diciembre de 1,992, 12 de febrero de 1.998, entre otras, claramente indica:

A) que la querella no puede equipararse a la demanda civil de nulidad o eficacia de títulos inscritos.

B) Que la demanda está expresamente reconocida en el art. 42,1 de la L.H., en tanto, en la querella en la que no va implícito el ejercicio de la acción de nulidad de títulos, ha de ser ordenada por el Tribunal cuando se cumplan las condiciones determinadas en el art. 589 L.E. Crim., a saber cuando resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas.

Es decir, que el procedimiento penal no es obstáculo para que se practique la anotación preventiva; a diferencia del procedimiento civil, no es suficiente que el mandamiento al Registro se limite a ordenar la anotación de la querella, sino que es preciso indicar que de las diligencias practicadas resultan indicios de criminalidad contra las personas titulares de los bienes a los que afecta la medida cautelar.

## **3.- EL PRINCIPIO DEL TRACTO SUCESIVO.**

En cuanto a la segunda objeción, ya señalada en el planteamiento general, en aplicación del principio registral del tracto sucesivo, no podrá practicarse una anotación acordada contra un titular registral (persona jurídica), contra el que no está dirigida el procedimiento.

Inicialmente y dado el principio “societas delinquere non potest” parece que la objeción es insalvable. En consecuencia, cuando el bien esté inscrito a nombre de una persona jurídica, el Juez de Instrucción no podrá acordar u ordenar a notaciones registrales contra los bienes de la misma, dado que la investigación penal se dirige contra personas físicas.

Este tema es tratado en la resolución de la D.G.R.N. de 12 de febrero de 1.998 (B.O.E. 3 de marzo de 1.998). Estima la D.G.R.N. que no se podrá practicar la anotación preventiva de la querella, ni la prohibición de disponer, porque en el ámbito registral no es posible realizar asientos que comprometan una titularidad inscrita si no consta que su titular haya otorgado el título en cuya virtud se solicita el asiento, o haya sido parte en el procedimiento del que dimana. La cuestión crucial es lograr que la persona jurídica titular del bien sea parte en el procedimiento penal, y esta posibilidad es perfectamente factible; primero, porque el C.P. recoge en el capítulo segundo del título quinto la responsabilidad civil de las personas jurídicas, y segundo porque la L.E.Crim., en el título décimo, regula la responsabilidad civil de terceras personas, que tanto pueden ser físicas como jurídicas.

En consecuencia, si el Juez de Instrucción considera necesario, para salvaguardar los derechos de la víctima, adoptar medidas cautelares contra quienes no son querellados o imputados, procederá a abrir la correspondiente pieza de responsabilidad civil contra los mismos, como terceros responsables civiles, y en la misma adoptar las medidas cautelares precisas. Así, el Registrador no podrá objetar que el titular registral no ha sido parte en el procedimiento, puesto que una vez abierta la pieza y dado al tercero responsable civil la posibilidad de intervenir, el procedimiento ya ha sido dirigido contra el mismo, y ello con independencia de que éste comparezca y se defienda o haga dejación de este derecho.

Evidentemente, lo anteriormente expuesto es aplicable a los supuestos en los que el Instructor adopte la más clásica medida de embargo de bienes. Si estos están inscritos a nombre de personas jurídicas es preciso que el procedimiento se dirija contra ellas, lo que se realizará en fase de instrucción a través de la pieza de responsabilidad civil.

#### **4.- PROHIBICIÓN DE DISPONER.**

La resolución de la D.G.R.N. de 12 de febrero de 1.998, en el fundamento de derecho tercero no resuelve la cuestión de si en todo caso y con independencia del obstáculo analizado del tracto sucesivo, es posible anotar una prohibición de disponer aún cuando el art.42.4 L.H. utiliza la expresión “el que demandando en juicio ordinario...”. ( No se discute ya la anotación preventiva de la querella, amparada como ya se indicó por el art.42.1)

La D.G.R.N., discrepando del parecer del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, parece dar a entender que la prohibición de disponer solamente se puede acordar en procedimientos civiles, pues textualmente señala en el fundamento tercero: “por lo anteriormente expuesto, no procede examinar si la anotación pretendida es la de querella y si se reunían los requisitos para proceder a su práctica (vid resoluciones de 1 de abril de 1.991, 9, 10 y 11 de diciembre de 1.992) o era literalmente la de prohibición de disponer reservada a procedimientos civiles”.

Estimo que la resolución anteriormente indicada no es lo definitiva que a simple vista puede parecer, ya que existen argumentos de peso en favor de la posibilidad de asentar en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de prohibición de disponer acordada en un procedimiento penal, como son:

A) La Resolución de 12 de febrero de 1.998 se centra en el obstáculo del tracto sucesivo, que considera insalvable, y sólo y de forma muy superficial menciona el tema objeto de debate en el fundamento transcrito, en el que ya se comienza diciendo que “no procede examinar...”, es decir, no se entra, por ser innecesario, en esta cuestión.

B) A tenor de lo informado por el Registrador de la Propiedad en el recurso que motiva la citada resolución, el obstáculo principal para proceder a la anotación, al margen del tema relativo al tracto sucesivo, es el carácter del *numerus clausus* del art. 42 L.H. No parece este un argumento decisivo en contra, puesto que si la D.G.R.N., como ya se ha indicado, admite, a tenor del art.42.1 L.H., la anotación preventiva de querrela, y ello aunque el texto legal utilice el término “demanda”, no se entiende porque el mismo criterio no puede extenderse al número cuatro del artículo mencionado.

C) El art. 26.2 de la L.H. dispone que se harán constar en el Registro de la Propiedad las prohibiciones de disponer o enajenar que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa, siendo objeto de anotación preventiva. Como se puede observar, al indicar el origen en una resolución judicial, el artículo no excluye la jurisdicción penal; es más, sería anómalo que se permitiese el asiento tratándose de una resolución administrativa y se denegase a una judicial.

D) El principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art.24 de la Constitución Española debe de informar la totalidad del ordenamiento jurídico, y se compecece mal con interpretaciones “literalistas” de determinados preceptos legales.

Antes de concluir este apartado considero necesario efectuar una reflexión acerca de uno de los argumentos utilizados por el Registrador de la Propiedad y recogido en la resolución tantas veces mencionada : “los procedimientos penales, no constituyen el cauce idóneo para declarar el carácter fraudulento de un acto jurídico, lo que sólo puede ser establecido en juicio de carácter civil”. Creo importante mencionar este tipo de argumentos, que recogen una determinada “filosofía” o forma de ver el proceso penal de “profesionales distantes” a la actuación diaria de los Tribunales.

La apreciación del Registrador es absolutamente contraria a la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del resto de los Organos Jurisdiccionales, que de forma reiterada y pacífica proceden a declarar la nulidad de los negocios jurídicos a través de los que se instrumentó el delito, sin necesidad de acudir al procedimiento civil, con arreglo al principio de nuestro Ordenamiento de ejercicio conjunto (salvo renuncia o reserva ) de las acciones penales y civiles (art. 108 L.E.Crim.).

## 5.- SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO CIVIL AFECTADO POR PREJUDICIALIDAD PENAL.

Finalmente, en ocasiones se detecta que los Organos Jurisdiccionales del orden civil son reacios, en determinadas condiciones, a suspender procedimientos civiles cuya finalización va a suponer el agotamiento del delito sobre el que se siguen actuaciones penales ( procedimientos ejecutivos, hipotecarios...basados en un título que, en principio, se denuncia como fraudulento).

En principio, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 362 de la L.E.C. y 114 de la L.E.Crim. no debe existir ninguna dificultad a que se decrete la paralización del procedimiento civil, siempre que la sentencia hubiera de fundarse en el supuesto de la existencia del delito.

Sin embargo, tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil como la Ley Hipotecaria, en los arts. 1464 y 132 respectivamente, recogen como supuestos de oposición (1.464 L.E.C.) o de suspensión (132.1 L.H.) la falsedad del título, por lo que al interponerse en muchas ocasiones la querrela criminal por los delitos de alzamiento de bienes o estafa, el Juez de lo civil razona, para denegar la suspensión del procedimiento, que el título de la imputación no es el previsto en la norma procesal civil o hipotecaria.

Olvida el Juez de lo Civil que los delitos de alzamiento de bienes o de estafas especiales del art.251 C.P absorben las falsedades instrumentales (venta simulada, hipoteca ficticia...) necesarias para cometerlos, existiendo en estos supuestos un concurso de normas a resolver a través del art.8 C.P. (sentencias del T.S. 27 de junio de 1.990, 22 de junio de 1.992, entre otras). Por ello el Juzgador atenderá a los hechos narrados en la querrela o denuncia, más que a las calificaciones jurídicas recogidas en las mismas y si en ellas (necesariamente admitidas a trámite), se narran las circunstancias que afecten a la veracidad de los títulos aportados en el procedimiento civil, deberá admitir la prejudicialidad penal y suspender el procedimiento civil.

Ciertamente, el delito de falsedad ha sufrido una profunda transformación en el nuevo Código Penal, habiéndose despenalizado, respecto de particulares, el supuesto recogido en el número cuatro del art.390; no obstante, considero que excede de las funciones del Juez civil determinar, a la hora de decidir sobre la suspensión, si el contrato de compraventa, hipoteca, arrendamiento etc. que se denuncian como fraudulentos, estarían embebidos en el número dos o por el contrario en el número cuatro del artículo 390 del C.P.

En los supuestos de falsedad material evidentemente no se va a plantear problema alguno. En todo caso, con la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil parece que el tema cuestionado queda resuelto de forma más clara y precisa en los artículos 40, 569 y 697 en los que además de la falsedad del título se recoge la nulidad del mismo, así como la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución.